

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

APORTES PARA UM DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

ANA CRISTINA LEMOS ROQUE

Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado do Centro Universitário "Eurípides, Soares da Rocha" de Marília/SP - UNIVEM.

GIOVANNA ROSSETTO MAGAROTO CAYRES

Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado do Centro Universitário "Eurípides, Soares da Rocha" de Marília/SP - UNIVEM.

ILTON GARCIA DA COSTA

Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

OBJETIVOS DO TRABALHO

O objetivo traçado é refletir sobre a importância para os operadores do direito, principalmente, no âmbito do direito penal, da aplicabilidade da derrotabilidade, sua influência em nosso ordenamento jurídico e a relevância do tema frente às colisões de princípios. A presente pesquisa aborda a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas e a interpretação das normas em conformidade com o texto constitucional, possibilitando a concretização dos direitos fundamentais por meio da derrotabilidade.

O direito penal, em nosso Estado Democrático de Direito é um dos ramos do direito com maior capacidade de lesar os direitos fundamentais, tendo em vista a aplicação de penas restritivas ao direito de liberdade, assim, a derrotabilidade será inserida justamente nesse contexto, na busca de um direito penal mínimo, onde os

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

direitos fundamentais irão suplantar leis penais obsoletas, sem qualquer efetividade, ou ainda aquelas penas desproporcionais em relação aos crimes cometidos.

METODOLOGIA UTILIZADA

No tocante aos fins, optamos pela realização de uma pesquisa teórica, que nos ensinamos de Pedro Demo¹:

Trata-se de pesquisa que é dedicada a reconstruir teoria, conceitos idéias, ideologias, polêmicas, tendo em vista, em termos imediatos, aprimorar fundamentos teóricos. Esse tipo de pesquisa é orientada no sentido de reconstruir teorias, quadros de referência, condições explicativas da realidade, polêmicas e discussões pertinentes. A pesquisa teórica não implica intervenção na realidade, mas nem por isso deixa de ser importante, pois seu papel é decisivo na criação de condições para intervenção. O conhecimento teórico adequado acarreta rigor conceitual, análise acurada, desempenho lógico, argumentação diversificada, capacidade explicativa.

Como dissemos anteriormente, o tema escolhido causa polêmica no campo doutrinário e judicial, é hoje alvo de discussões acirradas em diversos segmentos acadêmicos. Entretanto, entendemos que esta polêmica deve ser enfrentada, através da pesquisa científica que leve à análise da situação de fato e suas consequências no âmbito do direito e na esfera judicial.

Trabalharemos com o método hipotético - dedutivo e a pesquisa bibliográfica na busca do que já foi escrito sobre o uso da derrotabilidade, suas formas de aplicação, e sua correlação com os, princípios constitucionais e com os princípios norteadores do direito penal (especificamente os princípios: da legalidade, proporcionalidade, intervenção mínima e insignificância). Isto nos possibilitará fazer um levantamento dos autores que já escreveram sobre o assunto, suas ideias e pontos de vista, bem como fornecerá bagagem teórica indispensável para que se realize a investigação científica.

¹ DEMO, Pedro. Metodologia do Conhecimento Científico. São Paulo, Atlas, 2000, p. 20.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

REVISÃO DE LITERATURA

O exame da bibliografia pertinente e correlata à análise da derrotabilidade em nosso ordenamento jurídico propiciará ainda, condições de identificar obras, teses, artigos, periódicos e outros documentos úteis ao conhecimento de conceitos, posições doutrinárias e jurisprudenciais que ajudarão a traçar um panorama da aplicação da derrotabilidade no direito penal.

Segundo Busato² Direito penal é a última “ratio” e deverá ser chamado a atuar somente quando todos os outros fracassarem, somente nesse caso existe a necessidade de intervenção da tutela penal, ainda assim deverá estar amparado pelos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade, e principalmente da dignidade da pessoa humana, no entanto, as inúmeras leis existentes em nosso sistema legal destacam a aplicabilidade de um direito penal máximo em nosso ordenamento jurídico, o que não deve ocorrer, o Direito penal intervir deve intervir como mecanismo de controle social, somente de forma subsidiária, Busato se refere ao Direito penal como o ultimo “freio social”.

A mutação infraconstitucional se faz presente no ordenamento jurídico interagindo o sistema fechado do ordenamento infracional com o ambiente, que é a sociedade atual. E os princípios tem que prevalecer sobre as regras na interpretação. Em se tratando de princípios, fala-se em harmonia, com a conjugação de outros princípios, como o da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.³

A Constituição Brasileira prega a justiça social, a cidadania e a dignidade da pessoa humana; contudo estes ideais só se viabilizam com um processo educacional

²BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes: **Introdução ao Direito Penal, Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 1ed. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p.83.

³GARCIA, Renato e COSTA, Ilton Garcia. Diálogos (Im)pertinentes Direito Penal. Instituto Memória. 1ª Edição. Curitiba-PR. 2014, p. 142.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

efetivamente consistente e tanto maior será a velocidade no atingimento desses pressupostos, quanto maior for a ação do Estado também nessa direção.⁴

RESULTADOS OBTIDOS OU ESPERADOS

O problema que se coloca na presente pesquisa é em torno da aplicabilidade da derrotabilidade aos princípios constitucionais na busca de um direito penal humanista, norteado por princípios do direito penal, como forma de se alcançar um direito penal mínimo, em que o controle social será efetuado pela forma mais justa aplicável ao caso concreto. Assim, o direito penal será um instrumento seguro, estável e moderado na consecução de seus fins.

É inegável a importância do tema abordado na presente pesquisa, tendo em vista que se trata de tema ainda pouco desenvolvido em nossos meios acadêmicos, mas cuja compreensão é cada vez mais essencial para a concretização de um direito penal mais humano que garanta o respeito aos direitos fundamentais e principalmente a dignidade humana.

Os direitos fundamentais são os direitos que consagram a dignidade da pessoa humana, limitando o poder do Estado, daí dizer que algumas normas são cogentes, obrigando o Estado a garantir e proteger os interesses fundamentais da pessoa humana. Nesse sentido, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são os direitos que asseguram as condições necessárias para a vida em sociedade, garantindo a possibilidade de se receber e exigir benefícios.

O que se espera da aplicação da derrotabilidade normativa na seara penal é a interpretação das normas penais de acordo com os ditames dos princípios fundamentais e da dignidade da pessoa humana, “agindo dessa forma, o aplicador da

⁴COSTA, Ilton Garcia da. **Constituição e educação**: autonomia universitária e a presença do Estado nas instituições de ensino superior particulares. Tese Doutorado. Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). São Paulo, 2010. Orientação: Prof. Dra. Maria Garcia, p. 27.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

lei, atuando dentro de sua discricionariedade, realizando interpretação, emprega o verdadeiro sentido do direito penal, evitando sua banalização e procurando sua atuação mais real e efetiva”⁵

A derrotabilidade ao ser inserida na seara penal, busca a efetivação de um direito penal mais justo, democrático e humano, onde a derrotabilidade será um instrumento de controle social dentro do campo penal. Não se pode analisar apenas a estrutura jurídica como controle social e de manutenção da ordem, devemos fazer uso de todos os instrumentos disponíveis na busca de uma sociedade mais justa e que atenda aos anseios de toda a coletividade. Segundo José Eduardo Lourenço dos Santos a derrotabilidade se mostra um instrumento perfeito para uma correta aplicação do direito penal, como exceção ou interpretação.⁶

TÓPICOS CONCLUSIVOS

O direito penal deve intervir apenas de forma subsidiária e fragmentária ao atuar como mecanismo de controle social, sua atuação será necessária somente quando bens jurídicos de maior relevância social estiverem em perigo. Há uma tendência da sociedade em pedir a penalização de diversas condutas, tornado necessário uma revisão do perfil das respostas penais.

A segurança jurídica é o valor a ser buscado ocorre, no entanto, que o constitucionalismo alterou de forma profunda nosso ordenamento jurídico, o juiz do *civil law*, antes adstrito à estrita aplicação da lei, passa a interpretar a lei, dando

⁵SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo, em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito**. 1.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 69.

⁶SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo, em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito**. 1.ed. – Rio de Janeiro: LumenJuris, 2017, p. 193.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

efetividade aos direitos fundamentais e concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A conclusão a que se chega com os estudos realizados é que a aceitação da derrotabilidade das normas de direito penal, por parte dos aplicadores e intérpretes do direito, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela penal por parte do Estado, de forma que uma norma de direito penal somente poderá vir a ser superada após argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação.

De destacar que a aplicação da teoria da derrotabilidade normativa visa estabelecer argumentos técnicos e principiológicos no processo de tomada de decisão no caso concreto, garantindo a intervenção mínima do direito penal com a concretização de um direito penal mais humano e a obtenção de decisões mais justas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BENTO, Ricardo Alves. A limitação do direito penal no exercício da cidadania empresarial. In: **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, v, 4, n. 45 (2016).

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes: **Introdução ao Direito Penal, Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 1ed. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

COSTA, Ilton Garcia da. Constituição e educação: autonomia universitária e a presença do Estado nas instituições de ensino superior particulares. **Tese Doutorado**. Pontífica Universidade Católica (PUC/SP). São Paulo, 2010. Orientação: Prof. Dra. Maria Garcia. 2010.

DEMO, Pedro. **Metodologia do Conhecimento Científico**. São Paulo, Atlas, 2000.

GARCIA, Renato e COSTA, Ilton Garcia. **Diálogos (Im)pertinentes Direito Penal**. Instituto Memória. 1ª Edição. Curitiba-PR. 2014.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo, em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito.** 1.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.